

Aspects juridiques de l'utilisation de l'IA dans la publicité en Suisse

Conseils pratiques

Groupe cible : Ces conseils pratiques s'adressent en premier lieu aux agences de communication et aux annonceurs qui utilisent dans le cadre de leurs prestations des résultats de travail élaborés à l'aide de l'IA générative.

En ce qui concerne la question de savoir dans quelle mesure les résultats de l'IA peuvent être utilisés dans la publicité, il faut s'en tenir à la législation actuellement en vigueur. Il reste à voir et à observer comment la législation et la jurisprudence vont évoluer en Suisse dans ce domaine. En attendant, nous pouvons vous donner quelques conseils pratiques sur ce à quoi il faut faire attention lors de l'utilisation de l'IA dans la publicité.

Lors de l'utilisation de l'IA, il convient de distinguer les processus suivants : « **input** » de données (l'entraînement des systèmes d'IA) et « **output** » de contenus générés par l'IA (le résultat de l'IA ; p. ex. images, textes, etc.).

Input - introduction de contenus dans un système d'IA

1. Avant d'introduire des contenus dans l'IA (p. ex. données personnelles, données commerciales, textes, images), clarifiez quels sont les droits attachés aux données et si les systèmes d'IA peuvent être "entraînés" avec ces données.
2. Les titulaires de droits doivent donner leur accord lorsque des données ou des résultats de travail protégés (p. ex. données personnelles, œuvres protégées par des droits d'auteur, etc.) sont utilisés et traités pour la génération de contenus d'IA.
Exemple : un logo existant doit être renouvelé pour une cliente. Pour ce faire, le logo existant est transmis à un système d'IA pour être remanié.
3. Si des données personnelles sont traitées dans des systèmes d'IA, il se peut qu'une information ou un consentement préalable des personnes concernées soit nécessaire (le but du traitement des données doit être reconnaissable pour la personne concernée).
Exemple : la base de données clients d'une entreprise est utilisée pour générer, à l'aide de l'IA, des offres sur mesure et des textes personnalisés pour chaque client.



Output - utilisation de contenus générés par l'IA

1. Dans le résultat de l'IA (output), les éléments protégés juridiquement (images, logos, etc.) qui ont été utilisés comme base sont-ils encore reconnaissables ?
 - a. **Si oui** : une violation du droit est probable. C'est toujours le cas lorsque les traits caractéristiques de l'élément utilisé comme base restent reconnaissables malgré la transformation effectuée par l'IA. Dans ce cas, on risque de violer les droits de propriété intellectuelle en question (p. ex. droits d'auteur ou droits des marques).
Exemple : une affiche publicitaire doit être créée pour une station de ski. Pour ce faire, une image est générée à l'aide de l'IA, sur laquelle Barbie dévale une piste de ski en skiant sous le soleil. Sur l'image générée par l'IA, on peut reconnaître les éléments suivants : piste de ski, Barbie et skis. Il convient de déterminer si les éléments originaux avec lesquels le système d'IA a été "alimenté" à l'origine sont encore reconnaissables. Dans cet exemple, les éléments à vérifier sont la photo originale de la piste de ski, les skis (une marque de ski est-elle encore reconnaissable ?) et la photo de Barbie. Pour ces deux derniers éléments, on risque non seulement une violation des droits d'auteur, mais aussi une violation des droits de marque (marque de skis/Mattel/Barbie).
 - b. **Si non** : actuellement, l'opinion dominante est qu'il n'existe pas de droit d'auteur sur l'output mécanique, ce qui signifie que les résultats peuvent être utilisés du point de vue du droit d'auteur. La prudence est toutefois de mise : Le traitement d'un élément juridiquement protégé, mais aussi l'output peuvent, selon les circonstances, porter atteinte aux droits (p. ex. traitement d'une image protégée par le droit d'auteur ; logo généré par l'IA similaire à une marque protégée, exploitation déloyale de prestations de tiers, etc.)
Exemple : la poupée Barbie, sous diverses apparences, est une marque protégée qui reste régulièrement reconnaissable même si le résultat de l'IA est transformé. Si Barbie est utilisée pour la publicité, on risque par exemple de violer les droits de marque et les dispositions relatives à la concurrence déloyale.
2. Vérifiez les conditions d'utilisation ou les conditions générales du système d'IA : les résultats peuvent-ils également être utilisés à des fins commerciales ? Y a-t-il des licences qui doivent être achetées ? Le système d'IA souhaite-t-il être cité comme générateur ?

3. Dans le cas de travaux commandés par des agences de publicité pour la clientèle, il convient, lors de l'utilisation de l'IA, d'informer la clientèle si et dans quelle mesure des droits (p. ex. droits d'auteur) sont créés ou non sur le résultat du travail. Dans ce contexte, il convient également de souligner qu'il ne peut pas être exclu que l'utilisation du résultat du travail porte atteinte aux droits de tiers. Cela devrait exercer une influence, d'une part, sur l'exécution du mandat (obtention de droits exclusifs oui/non) et, d'autre part, sur la rémunération.
Conseil : au lieu d'obtenir des droits exclusifs sur le résultat de l'IA, il serait possible d'imposer à la clientèle un engagement de confidentialité sur les instructions saisies dans le système d' IA.

Exemple : vous avez créé un nouveau concept publicitaire pour une cliente à l'aide de l'IA, vous en avez élaboré certaines parties vous-même et avez repris d'autres parties d'un système d'IA. :

- Vérifier si les résultats de l'IA peuvent faire l'objet d'un traitement ultérieur et dans quelles conditions les résultats de l'IA peuvent être utilisés à des fins commerciales (consulter à cet effet les directives d'utilisation des systèmes d'IA).
 - Contrôlez si les parties de l'IA ne violent pas les droits de tiers (processus protégés, textes, signes, logos, images).
 - Informer le client que l'IA a été utilisée lors du traitement du résultat du travail (en mentionnant le système) et indiquer quelle partie des extraits de l'IA est concernée.
 - Indiquez qu'il n'est pas possible d'obtenir des droits d'exclusivité sur les résultats de l'IA.
4. Respectez également les principes généraux en vigueur:
- a. Transparence et traçabilité : indiquez, dans la mesure du possible, pour quels passages de texte, images, prises de décision, etc. l'IA a été utilisée. Marquez-le par exemple avec une mention telle que "IA-generated".
 - b. Fausses informations/manipulation : pas de tromperie, de fausses informations pertinentes pour le marché, d'atteinte au libre arbitre par des contenus générés par l'IA.
 - c. Utilisation responsable de l'IA et examen critique du résultat de l'IA : y a-t-il par exemple une atteinte à la personnalité/une atteinte à l'honneur/une violation des droits fondamentaux ou une atteinte à la décence (discrimination / éthique) ?
 - d. Respecter le droit général contre la concurrence déloyale dans la publicité (p. ex. exploitation de prestations de tiers, méthodes publicitaires déloyales, etc.).

5. Responsabilité : si l'utilisation de l'IA porte atteinte aux droits d'auteur, à d'autres droits de propriété intellectuelle, aux droits de la personnalité, aux droits fondamentaux, à la législation sur la protection des données, à la législation contre la concurrence déloyale ou aux dispositions du droit pénal, vous pouvez être tenu responsable en tant qu'entreprise/utilisateur.

Autres exemples et questions en rapport avec le sujet

- **Dans quelle mesure un résultat d'IA doit-il être modifié pour qu'une œuvre protégée par le droit d'auteur soit créée ?** Pour répondre à cette question, il convient de se référer aux principes généraux du droit d'auteur (œuvre de seconde main). Il convient de distinguer si le résultat de l'IA a été simplement transformé ou s'il a été remanié. Dans le cas d'une simple transformation du résultat de l'IA, le droit d'auteur ne porte que sur la partie transformée. Selon le droit d'auteur, la transformation nécessite l'accord de l'auteur de l'œuvre modifiée. Pour les résultats de l'IA, cela signifie que les auteurs des œuvres originales doivent donner leur consentement (si les œuvres originales sont encore reconnaissables) et/ou que le système d'IA doit consentir à la transformation de ses résultats.

Toutefois, si le résultat de l'IA ne sert que d'inspiration et qu'une création humaine entièrement nouvelle en est tirée, il s'agit d'une nouvelle conception et donc d'une œuvre qui bénéficie de la protection du droit d'auteur. Il est important que la nouvelle conception ne permette plus de reconnaître l'œuvre originale.

- **Je traite des images dans un programme Photoshop ou je fais reformuler mes propres textes par un programme d'IA, à quoi dois-je faire attention ?** Les explications ci-dessus se rapportent à l'IA générative, qui génère elle-même les résultats de l'IA à partir de zéro, l'utilisateur ne saisissant que des mots clés avec les instructions (appelés "prompts"). Si des textes ou des images propres sont traités par des programmes assistés par l'IA, les droits d'auteur sur ces images et ces textes ne sont généralement pas touchés par des corrections, des retouches, des effets, des modifications stylistiques. En règle générale, il convient de respecter les conditions générales et, le cas échéant, les directives relatives aux droits d'auteur des outils utilisés. Mais dès qu'un outil crée un texte ou une image entièrement nouveaux sans l'intervention de processus de décision et de pensée humains, les conseils pratiques ci-dessus doivent à nouveau être respectés.

Ce sont là quelques conseils sur la situation actuelle - nous restons à l'écoute et sommes impatients de voir comment ce thème va évoluer !

Zurich, en décembre 2023

KS/CS Communication Suisse